

## TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL \*

Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES

1. *Estado de la cuestión antes de la promulgación del nuevo título preliminar del Código Civil. El derecho extranjero como hecho y como derecho.*

La aplicación por el Juez del derecho extranjero no era objeto de ninguna especial norma procesal, ya se contuviese ésta en la L. E. C., ya en el recientemente derogado título preliminar del C. c. de vigencia casi centenaria. En dicho título preliminar el sistema de derecho internacional privado español se contemplaba, como es sabido, en los arts. 8 a 11, que eran cuatro preceptos de puro derecho conflictual<sup>1</sup>, pero que no hacían referencia a los poderes y deberes del Juez en este tema, ni a los derechos, obligaciones y cargas de las partes, ni a otros problemas atinentes a la aplicación del derecho extranjero en el proceso.

Fueron la doctrina y la jurisprudencia quienes en la investigación y en la resolución de litigios concretos, respectivamente, se plantearon este problema, por otra parte importante y clásico.

Los dos términos de la solución se han mantenido entre las

\* El presente trabajo ha sido redactado para formar parte del Libro Homenaje al Profesor Prieto-Castro y Ferrándiz.

1. Referente el primero a la territorialidad de las normas penales, de policía, y a las de seguridad pública (art. 8); el segundo al llamado estatuto personal (art. 9); el tercero consagraba el estatuto real (art. 10), y el último, art. 11, el estatuto formal.

posiciones de considerar el derecho extranjero como mero hecho<sup>2</sup> o como verdadero derecho<sup>3</sup>.

La primera solución en su versión más actual se debe al profesor Batiffol, quien sostiene que la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto goza de racionalidad pero no de im-

2. Entre nosotros han recogido esta opinión algunos civilistas, como DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, 1932, págs. 420-421, e internacionalistas como LASALA LLANAS, *Sistema español del derecho civil internacional e inter-regional*, 1933, pág. 40. Los procesalistas han estudiado sobre todo el fenómeno paralelo de la necesidad de probar el derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, ALCALÁ ZAMORA, «La prueba del derecho consuetudinario», en *Revista de Derecho Privado*, 1934, n.º 248, pág. 146. En Francia, la consideración de la ley extranjera como hecho se ha mantenido por DEMOLOMBE, *Cours de Code de Napoléon*, tomo XXIX, 1876, pág. 183; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 5.ª ed., 1900, pág. 61, etc. En Italia, la mencionada posición fue defendida, entre otros, por FUSINATO, *L'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, 1884, pág. 70; LESSONA, en *Foro italiano*, 1892, I, pág. 206, etc.; y, más recientemente, por SATTA, «Iura novit curia», en *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, pág. 382. Esta es, por lo demás, la doctrina común anglosajona «que practica radicalmente en serio el tratamiento del derecho extranjero como un hecho»: cfr. CAPPELETTI, *El valor de las sentencias y las normas extranjeras en el Proceso civil*, trad. Sentis, 1968, pág. 156, que cita a DÖLLE, aunque esta afirmación no puede ser aceptada de una manera ilimitada, como el propio CAPPELETTI señala, ya que el derecho anglosajón no ha sido extrañado a las construcciones abstracto-deductivas y a la jurisprudencia de conceptos.

3. Son muchos los autores que con diversos matices han mantenido la cualidad de derecho de la norma extranjera, a pesar de su aplicación en un ámbito territorial distinto. Así, STEIN (*El conocimiento privado del Juez*, trad. de la Oliva Santos, 1973, págs. 236 y ss.) considera a las normas extranjeras entre las que pueden ser conocidas y aplicadas de oficio por el Juez, aunque con una distinta intensidad respecto a la norma nacional y con unas facultades de alegación por las partes muy similares a la de las normas penales favorables.

La doctrina italiana de la incorporación, con ANZILOTTI a la cabeza, también mantiene la tesis del tratamiento del derecho extranjero como tal derecho. La idea ya se hallaba en algunos tratadistas franceses de comienzos de este siglo: v. gr., AUBRY, BERNARD, RENAULT, etc. Para una información más amplia sobre este tema puede consultarse MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, 1972, I, págs. 361 y ss.

Entre los autores españoles que, a partir de la segunda mitad del presente siglo, se han ocupado del tema, cabe destacar: MIGUEL Y ALONSO, «La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso», en *Libro Homenaje al Profesor Barcia Trelles*, 1958, págs. 503 y ss.; CARRILLO SALCEDO, «¿Alegación del Derecho extranjero por las partes, o aplicación de oficio por el Juez español, de la norma de conflicto español?», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1961, págs. 585 y ss.; PECOURT GARCIA, «Naturaleza y condición del derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto», en *Revista General del Derecho*, 1962, núms. 216 y 217-218, págs. 783 y ss. y 894 y ss.; ANGULO RODRÍGUEZ, «El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en España», en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, Homenaje al Prof. SELA SAMPIL, 1970, II, págs. 967 y ss.; CORRIENTE CÓRDOBA, «En torno a la aplicación de la ley extranjera en el Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1974, págs. 10 y ss.; MIQUELEIZ BRONTE Y RODRÍGUEZ MIRA, «Aplicación del Derecho extranjero», en *Anuario de la Escuela Judicial*, 1974, págs. 19 y ss.; y muy recientemente, en relación al

peratividad propia de toda norma jurídica<sup>4</sup>. De aquí la posición de inferioridad de la ley extranjera respecto al derecho del foro y el que Batiffol mantuviese que el Juez nacional no puede aplicar de oficio la ley extranjera no alegada por las partes. El profesor de París rectificó en parte esta tesis en su comentario a la famosa sentencia recaída en el caso «Bisbal»<sup>5</sup>, reconociendo la crítica que en este punto le formuló Maury y admitiendo que el Juez puede aplicar *ex officio* la ley extranjera aun no invocada por las partes. Por lo que respecta a la falta de imperatividad de la ley extranjera, primera premisa de Batiffol, ha de ser convenientemente matizada, ya que la fuerza de aplicación de la norma extranjera en un ámbito territorial distinto al propio, si bien no nace de la soberanía del Estado al que pertenece la norma, sí urge indefectiblemente de la fuerza de obligar —*ius cogens*— que para el Juez del foro tiene su propia norma de conflicto que le ordena resuelva el caso conforme a ese derecho extranjero.

Con otro punto de vista, Werner Goldschmidt ha mantenido la postura del derecho extranjero como hecho en su teoría del «uso jurídico». Para Goldschmidt, la remisión de la norma de conflicto a la ley extranjera no está dirigida al ordenamiento jurídico concreto indicado por el punto de conexión, sino al «uso jurídico» de ese país, «ordenando —afirma este autor— al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por tanto, un *hecho* y no *Derecho*, por exigir del juez la verificación de un *juicio de probabilidad* y no la *aplicación* de normas jurídicas»<sup>6</sup>.

La teoría de Goldschmidt es inadmisibles, pues supone que el Juez, al juzgar según el derecho extranjero, aplica no normas jurídicas, sino el «uso jurídico extranjero» consistente en meras probabilidades normativas. Semejante construcción es contraria a la seguridad que debe presidir todo juicio jurisdiccional, que no puede ser dudoso sino cierto —afirmativa o negativamente— en cuanto a la existencia de los elementos de hecho y de derecho

sistema adoptado por el nuevo título preliminar del Código civil, MIAJA DE LA MUELA, «El legislador interno, en funciones de legislador internacional, ante los conflictos de leyes», en *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil*, Valencia, 1975, págs. 203 a 205.

4. Cfr. BATIFFOL, *Droit International Privé*, 1970, pág. 392.

5. BATIFFOL, nota al *Arrêt Bisbal*, *Revue Critique de Droit international privé*, 1960, págs. 63-66.

6. Cfr. GOLDSCHMIDT, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, 1935, pág. 12, también, *Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1952, I, págs. 374 y ss.

que lo integran. La conceptualización del derecho extranjero como una mera probabilidad jurídica —uso normativo— atenta contra la objetividad y certeza del derecho mismo, y, elevada a categoría como hace Goldschmidt, haría imposible la sentencia. Las fuentes de producción jurídica emanan, en cuanto tales, un resultado normativo, cierto y objetivo. Si en un proceso concreto la norma invocada aparece como inexistente, dudosa o simplemente probable, no se podrá aplicar, como más adelante veremos. Relegar todo el derecho extranjero a esta suerte, además de quedar demostrado, aparejaría la imposibilidad de su aplicación o, lo que es lo mismo, el absurdo de tener siempre que denegar la pretensión de aquella parte que lo dedujese en juicio.

Por estas y otras razones, la doctrina internacional mayoritaria califica al derecho extranjero como verdadero derecho, aunque con diversos matices. Unos opinan que la norma extranjera se recibe en el ordenamiento del foro como tal norma extranjera<sup>7</sup>. Otros, por el contrario, que el derecho extranjero al ser reclamado por la norma de conflicto sufre una metamorfosis que lo convierte en derecho propio o nacional<sup>8</sup>. Conviene advertir que estas posiciones encontradas respecto a la naturaleza del derecho han perdido parte de su virulencia, y que los autores<sup>9</sup>, afirmando desde luego el carácter de derecho de estas normas, hacen notar el complejo proceso de adaptación que en las mismas se verifica cuando son aplicadas por un Juez extraño, lo que, como veremos, tiene su reflejo en la cabal interpretación del principio «iura novit curia» y de otros institutos procesales.

Por su parte, la mayoría de los procesalistas han estudiado el problema que nos ocupa con otro enfoque, pues no se han planteado tanto la naturaleza de hecho o de derecho de la norma extranjera, sino más bien qué normas, a pesar de serlo, necesitan prueba, incluyendo en ellas al derecho consuetudinario, al estatutario y al derecho extranjero<sup>10</sup>.

7. Mantienen esta tesis algunos autores italianos como BUZZATTI, CAVAGLIERI, DIENA, etc., partidarios de la doctrina conocida con el nombre del reenvío formal o no recepticio. En la investigación anglosajona esta posición ha tenido una formulación semejante en la tesis de los *vested rights*.

8. La tesis del «derecho extranjero nacionalizado» ha sido mantenida por otro sector de la doctrina italiana con la denominación de reenvío material o recepticio. Entre sus mantenedores se encuentran ANZILOTTI, DONATTI, PACHIONI, y procesalistas como CHIOVENDA.

9. Entre estos autores cabe citar a ZANCLA, BETTI, etc. Vid. asimismo, en general, DAVID (C.), *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, 1965.

10. ASÍ PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal civil*, 1972, I, pág. 458; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, con HERCE QUEMADA, 1975, I, pág. 293, etc.

2. *El vigente título preliminar del Código civil y las materias procesales que contempla. Tratamiento procesal, en concreto, del derecho extranjero.*

El vigente título preliminar del Código civil, sancionado por Decreto de 31 de Mayo de 1974, hace referencia a una serie de cuestiones procesales relacionadas muchas de ellas con la aplicación por los Tribunales del derecho extranjero. Entre las mismas cabe destacar:

a) El tratamiento de la costumbre (art. 1.º, n.º 3), que sólo regirá en defecto de Ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público *y que resulte probada*. La necesidad de prueba de la ley extranjera y de la costumbre venía siendo de antiguo destacada por la doctrina<sup>11</sup>; pero ahora, con el nuevo título preliminar, la asimilación debe ser matizada, ya que respecto a la costumbre rige sin excepciones el principio de la carga de la prueba sobre las partes (art. 1.º, núm. 3, citado), mientras que con relación al derecho extranjero el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios (art. 12, n.º 6). Nótese, pues, que en este aspecto la costumbre nacional recibe un tratamiento procesal más severo que el ordenamiento jurídico de otro país aplicable en España.

b) La referencia a los tratados internacionales (art. 1.º, n.º 5), que pasarán a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. El reconocimiento en estos tratados de normas extranjeras produce el mismo efecto, como más adelante estudiaremos, que la promulgación de leyes nacionales.

c) La función de la jurisprudencia, que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1, n.º 6). Esta función de la jurisprudencia, un tanto vaga<sup>12</sup>, tiene su máxima importancia en el derecho internacional privado, hasta ahora casi carente de normas y donde la interpretación jurisprudencial resulta básica.

11. Cfr. ALCALÁ ZAMORA, *La prueba del derecho consuetudinario*, loc. cit.

12. Cfr. a este respecto DE LA OLIVA SANTOS, «La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código Civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, n.º 4, págs. 801 y ss., especialmente págs. 820 y ss.

d) El carácter territorial de las normas procesales (art. 8, n.º 4), que complementa explícitamente lo que de modo implícito se encontraba contenido en el derogado art. 8 del Código civil.

e) Por último, el carácter de derecho cogente de las normas de conflicto del derecho español y, en consecuencia, la necesaria aplicación *ex officio* de las mismas por los Tribunales de nuestro país (art. 12, n.º 6, inciso primero); disposición que hay que relacionar con la del segundo párrafo del mismo artículo y número, en la cual se prescribe textualmente: «La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las provincias oportunas».

En este último texto legal se contiene precisamente la nueva norma que regula la aplicación por parte de los Tribunales españoles del derecho extranjero, y que constituye el objeto principal de nuestro estudio<sup>13</sup>.

### 3. *Poderes y deberes de los Tribunales en la aplicación del derecho extranjero. Vigencia del principio «iura novit curia».*

El deber jurídico-público del Juez de conocer y aplicar el ordenamiento de otro país en los supuestos en que la norma de conflicto nacional se remita a él, está ligado a la vigencia, también respecto al derecho extranjero, del principio «iura novit curia»<sup>14</sup>.

El derecho extranjero, en los casos en que sea aplicable viene a situarse, al igual que el nacional, como premisa mayor del silo-

13. Existen otras normas procesales en el vigente título preliminar del Código civil, como la implantación de la ejecución específica para impedir el abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo (art. 7, n.º 2), el carácter moderador de la equidad en el quehacer jurisdiccional (art. 3, n.º 2), etc., pero no afectan directamente al tema que estudiamos.

14. La aplicación del principio «iura novit curia» al derecho extranjero ha sido objeto de estudio por diversos procesalistas. Cronológicamente debe citarse en primer lugar a SATTI, «Iura novit curia», cit., págs. 380 y ss. SATTI, con su habitual originalidad, sostiene que la norma en general «es un elemento constitutivo del hecho (pág. 381). Respecto al derecho extranjero, afirma que «aquel que se presenta delante del juez italiano invocando una norma extranjera como elemento constitutivo de su derecho, está obligado a otorgar la prueba rigurosa de la existencia de esta norma» (pág. 382). Contrariamente, SENTIS MELENDO (*El Juez y el Derecho*, 1957), después de estudiar el aforismo «iura novit curia» desde un punto de vista semántico e histórico (págs. 9 y ss.), llega a la conclusión de que la ley extranjera es derecho, extrayendo luego las consecuencias oportunas (págs. 133 y ss.). Más recientemente MI-



gismo judicial, según el esquema tradicionalmente empleado para explicar la estructura de la decisión jurisdiccional. Por tanto, en principio, tal derecho debería quedar exento de alegación y prueba de parte, en virtud de la obligación de los Tribunales de conocer de oficio las normas jurídicas que han de aplicar en la sentencia.

Ahora bien, esta construcción está condicionada por tres elementos: por la conceptualización fáctica o propiamente jurídica que se otorgue al derecho extranjero, desde el punto de vista de su tratamiento procesal; por la distinta naturaleza de la obligación del Tribunal respecto al conocimiento del derecho extranjero, aun calificando a éste como derecho; y por las diversas formas con que el derecho extranjero se presenta en el proceso. Vamos a estudiar en este epígrafe las dos primeras cuestiones, dejando para el siguiente la tercera.

a) La cualidad de derecho de la norma extranjera es puesta hoy en duda por pocos<sup>15</sup>. Es más, la cualificación como hecho es debida fundamentalmente a razones de técnica procesal, a saber: la irracionalidad de exigir a un Juez el conocimiento de todo el derecho extranjero, y no a motivos de fondo, salvo excepciones, como vimos en el epígrafe primero.

Pero el lógico principio de no imponer al Juez cargas imposibles puede salvarse perfectamente aun reputando a la norma ex-

CHELI («Jura novit curia», en *Riv. di dir. pro. civ.*, 1961, págs. 575 y ss.) hace un estudio completo del brocardo como excepción genuina de la función jurisdiccional. Puede verse también sobre el tema VENTURINE (G.), «Il principio 'iura novit curia' e le leggi straniere», en *Analisi di diritto internazionale*, 1951, págs. 19 y ss.

15. Véase lo expuesto al respecto en el epígrafe 1.º de este trabajo. Entre los procesalistas que niegan la naturaleza de derecho a la norma extranjera, cabe destacar a SATTI, ya citado en la nota anterior, y una copiosa jurisprudencia italiana que cambió sustancialmente con la sentencia de 13 de abril de 1959, comentada por CAPPELLETTI, *ob. cit.*, págs. 223 y ss. La Jurisprudencia española sigue aferrada a la consideración fáctica del derecho extranjero. Entre las últimas sentencias en este sentido se encuentran las de 30 de junio de 1962, 5 de noviembre de 1971, 13 de febrero de 1974, etc. Solamente, que sepamos, la sentencia de 4 de junio de 1964 compara el derecho extranjero al nacional a efectos del recurso de casación. Véase el comentario de PECOURT a esta resolución en la *Revista Española de Derecho Internacional*, XIX, n.º 1, 1966, págs. 4 y ss. Dicho autor termina afirmando: «La sentencia que ahora comentamos cambia revolucionariamente tanto el planteamiento dado al problema como la solución al mismo aportada, y ello, de modo inequívoco, al afirmar que el recurso de casación basado en la inadecuada aplicación del derecho extranjero, al ser la Ley aplicada en la sentencia recurrida, sólo se puede impugnar por la vía del núm. 1 del artículo 1.692 de la L. E. Civ., en las mismas condiciones que si se tratase del Derecho nacional (...). Así pues, por vez primera, el T. S. declara al derecho extranjero de igual condición que el nacional». Por desgracia, este precedente jurisprudencial no ha sido confirmado posteriormente.

tranjera como derecho, con lo que vendría a desaparecer la necesidad de relegar el derecho extranjero a la categoría de los hechos.

La inconsecuencia de convertir en hecho algo que *per se* es derecho, ha sido señalada por diversos autores. Unos ponen de manifiesto que la dificultad práctica que entraña para el Juez nacional el conocimiento del derecho extranjero no puede ser motivo suficiente para transformarlo en hecho, transformación que volvería a ocurrir de manera inversa, convirtiéndolo en derecho, cuando ese «hecho» fuese ya conocido<sup>16</sup>. Como sostiene Micheli<sup>17</sup>, «El criterio de la mayor o menor dificultad en procurarse el conocimiento de unas normas (...) no parece idóneo para establecer el régimen procesal de producción normativa». Otros sostienen que, de igual modo que la ley nacional no pierde su carácter de norma porque necesite de comprobación, tampoco la ley extranjera porque sea necesario su acreditamiento<sup>18</sup>. Y así podrían sucederse otras opiniones que, con diversos argumentos, abundan en el mismo sentido.

A nuestro juicio, el carácter normativo del derecho extranjero, y su tratamiento como tal en el proceso, no puede ser negado. Las propias normas de conflicto españolas constantemente se remiten «a la ley»: ya sea nacional, del litigante extranjero, de su residencia habitual, de la situación de los bienes, etc.

b) Calificado el derecho extranjero como lo que es, como verdadero derecho, hay que preguntarse qué deberes y poderes tienen los Tribunales en su aplicación. La ley extranjera está abarcada, como toda ley, por el principio «iura novit curia», pero con distinta intensidad que el derecho nacional, precisamente por el complejo proceso de adaptación que en aquel derecho se verifica cuando es aplicado por el Juez del foro.

De manera sintética puede afirmarse que el principio «iura novit curia» obliga al Juez a conocer el derecho nacional. Sin embargo, no implica una obligación de conocer el derecho extranjero en bloque, sino *de procurarse su conocimiento en cada caso*<sup>19</sup>, siempre que el Tribunal no tenga una información personal y completa del mismo.

16. Cfr. FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, 1905, pág. 402; DIENA, *Principi di diritto internazionale*, 1917, parte segunda, pág. 411.

17. *Iura novit curia*, cit. pág. 596.

18. Véase en este sentido SENTÍS MELENDO, *Aplicación de la Ley extranjera*, ob. cit., pág. 134.

19. Cfr. SAPIENZA, «El principio 'iura novit curia' e il problema della prova delle leggi straniere», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pág. 64. En contra MICHELI, *ibid.*, pág. 600, aunque admite que el Juez



Como ya señaló Stein: «En relación con el derecho positivo nacional, el juez civil tiene un absoluto e ilimitado deber de conocimiento sobre su existencia y contenido»<sup>20</sup>. Por el contrario, respecto «al conjunto del derecho extranjero, sólo se sostiene el *derecho* a la utilización de los propios conocimientos, es decir, del conocimiento privado [*private Wissen*]»<sup>21</sup>. «Y si no conoce el derecho habría que pensar que el argumento que fundamenta la utilización de su conocimiento conduce, en lógico desarrollo, a un deber de investigar»<sup>22</sup>.

En definitiva, la doctrina que nos parece más exacta en este tema lleva a fijar algunas conclusiones:

1.º La norma extranjera es derecho y como tal debe ser tratada en el proceso.

2.º El principio «*iura novit curia*» abarca, por tanto, también al derecho extranjero.

3.º El carácter de no nacional del derecho aplicable impone ciertas matizaciones al deber jurídico-público del Juez implicado en el mencionado principio, que se concretará en el caso del derecho extranjero, más que en la obligación de conocerlo *prima facie*, en la de investigarlo o de procurarse su conocimiento por los medios idóneos.

4. *Diversos supuestos de referencia al derecho extranjero en el proceso. Normas de conflicto. Tratados internacionales. Derecho extranjero aplicable por imperio de la norma de conflicto.*

Estudiado en términos generales el ámbito y contenido del principio «*iura novit curia*» respecto al derecho extranjero, tene-

italiano se encuentra respecto al derecho extranjero «en una posición diversa de la que es propia cuando se trata de normas legislativas internas o equiparadas a ellas, de tal forma que su deber tiene (...) un diverso contenido en uno y en otros casos (pág. 601). Pero en realidad la postura de MICHELI no difiere de la expuesta por nosotros respecto al deber del Juez de procurarse el conocimiento de la norma extranjera, cuando lo equipara al derecho canónico afirmando en la misma página, en nota: «Diría que idéntica [a la del derecho extranjero] es la situación del derecho canónico que el juez italiano debe actuar, cuando normas del ordenamiento italiano le impongan la obligación, que él no está obligado a conocer, pero *respecto a las cuales debe obtener conocimiento*, cuando sea necesario». (El subrayado es nuestro). MICHELI, en definitiva, sostiene el deber primario del Juez nacional de conocer su propio derecho, derivado del hecho de la publicación oficial del mismo, y el poder amplio que el propio Juez tiene para la búsqueda del derecho extranjero que le sea desconocido (*ibid.*, pág. 602, último párrafo del epígrafe 8).

20. *El conocimiento privado del Juez*, ob. cit., pág. 235.

21. *Id.*, pág. 236.

22. *Id.*, págs. 237 y 238.

mos que detenernos en las distintas normas jurídicas que hacen referencia a éste para determinar la diferente vinculación del Juez con relación a ellas.

a) En primer lugar hay que aludir a las normas de conflicto. Estas normas son de derecho nacional *stricto sensu* y, por tanto, obligan al Juez a su conocimiento y aplicación de igual modo que las demás normas de derecho escrito del país. Es más, el carácter de *ius cogens* de las normas de conflicto las hace irrenunciabiles y de aplicación absolutamente necesaria en el proceso<sup>23</sup>.

Así ha venido a reconocerlo el art. 12, n.º 6, del nuevo título preliminar del Código Civil al ordenar expresamente que «Los Tribunales y autoridades *aplicarán de oficio* las normas de conflicto del derecho español». La Exposición de Motivos de dicho título preliminar, cuando se refiere a este precepto, pone de manifiesto «el carácter de 'ius cogens' de las normas de conflicto del derecho español, y de ahí la aplicación 'ex officio' por los Tribunales y autoridades».

De la naturaleza nacional y cogente de las normas de conflicto no sólo deriva la consecuencia de la obligación de su conocimiento y aplicación de oficio por los Tribunales nacionales, sino otras particulares respecto al recurso de casación que más tarde examinaremos.

b) Los Tratados internacionales suscritos por España tienen el valor y eficacia de una ley nacional, una vez ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado. El nuevo artículo 1.º, párrafo 5, del título preliminar del Código civil dispone: «Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publica-

23. El carácter de regla interna de la norma de conflicto, que forma parte del ordenamiento jurídico del Estado y que es de inexcusable aplicación *ex officio* por los Tribunales, ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por GARDE CASTILLO, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho Internacional Privado», en *Revista española de Derecho Internacional*, 1951, vol. IV, 1, pág. 427. Dicho autor pone asimismo de manifiesto la distinta estructura de las normas de conflicto respecto a las demás contenidas en los Códigos. En las normas de conflicto el supuesto de hecho «no es un hecho de la vida —escribe—, sino un concepto jurídico (estado y capacidad, bienes muebles e inmuebles, forma de los actos, orden público y buenas costumbres, etcétera) (...). También la consecuencia jurídica es diferente en la norma de conflicto que en la material. En ésta nos da directamente la solución al caso controvertido, siempre a través de la interpretación judicial circunscrita al propio derecho. En aquella un punto de conexión o ligamen (nacionalidad o domicilio de una persona, situación de una cosa, lugar de un acto, etc.) ejerce la función de dirigirnos hacia la ley competente para regular la relación de la vida en presencia» (*ob. cit.*, págs. 427 y 428).

ción íntegra en el 'Boletín Oficial del Estado' ». De este precepto se derivan dos consecuencias jurídicas sometidas al cumplimiento de una condición. La primera consecuencia radica en que las normas contenidas en los Tratados suscritos por nuestro país son normas de *aplicación directa* en España; la segunda en que tales normas *pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno*<sup>24</sup>; y la condición en que, para que estos efectos se produzcan, es *necesaria la íntegra publicación* del Tratado en el Boletín Oficial del Estado español.

El derecho extranjero sancionado por un Tratado, una vez que se publica íntegramente, debe ser aplicado como el derecho nacional. Ello exonera de toda prueba a las partes que lo aleguen y obliga al Juez a conocerlo y aplicarlo con la misma intensidad que las demás normas internacional. El principio «*iura novit curia*» se aplica, pues, en este caso sin limitación ni restricción de ninguna clase.

El derecho extranjero aplicable por imperio de la norma de conflicto constituye el tercer caso y el más usual de aplicación del derecho extranjero. El derecho conflictual determina un punto de conexión (nacionalidad, residencia, situación de los bienes, etc.) y remite a la aplicación de la ley nacional o extranjera a las relaciones o situaciones jurídicas en litigio. Si la remisión es a una ley extranjera, nos encontramos ante el supuesto típico de aplicación del derecho extranjero por imperio de las normas propias de derecho internacional privado.

¿Qué calificación debe darse a ese derecho extranjero? En los números anteriores indicábamos que tal derecho no pierde su condición de tal por su aplicación extraterritorial, y veíamos la extensión y límites del principio «*iura novit curia*» referido a este derecho. Cabe repetir aquí que los Tribunales tienen respecto a estas normas el poder y deber de *informarse de su existencia y contenido* en cuanto deban ser aplicadas, pero no de conocerlas *a priori*. A ello se refiere el art. 12, párrafo 6, apartado segundo, del Código civil al ordenar que para la «aplicación [del derecho extranjero], el juzgador podrá valerse además de cuantos instru-

24. Esta doble cualidad de los Tratados, de encontrar aplicación directa en el país que los suscribe y pasar a formar parte de su legislación interna, había sido discutido por algún sector de la doctrina internacional clásica, v. gr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giurizii interni*, 1905, pág. 275, para el que los Tratados no son considerados como una ley del Estado que los firma, aunque puedan ser la causa de que se dicten disposiciones internas a base de ellos. Tal postura está hoy superada por la doctrina y legislación, como puede comprobarse por las normas que comentamos.

mentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

5. *Medios al alcance de los Tribunales para comprobar el derecho extranjero.*

Fijado el deber de los Tribunales de procurarse el conocimiento del derecho extranjero, hay que preguntarse qué medios procesales idóneos tienen aquéllos a su alcance para obtener dicho conocimiento.

El párrafo 6 del artículo 12 del Código civil es muy amplio y permisivo en este aspecto: «El juzgador podrá valerse (...) de cuantos medios de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Dos cuestiones fundamentales presenta la interpretación de este precepto desde el aspecto que ahora lo contemplamos. La primera, qué tipo de providencias son a las que el legislador se refiere; y la segunda, qué medios de averiguación resultan más eficaces de adoptar a través de dichas providencias.

a) En lo tocante al primer punto, las providencias podrán dictarse en el momento procesal que el Tribunal lo estime más oportuno. El texto del Código civil no puede ser menos formalista: el Tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación considere necesarios, dictando al efecto *«las providencias oportunas»*.

Con este texto legal se supera la antigua discusión de si los Tribunales, para obtener el conocimiento del derecho consuetudinario o extranjero, debían necesariamente acudir a las diligencias para mejor proveer<sup>25</sup>. Lo que antes resultaba dudoso por falta de norma al respecto y por el carácter eminente dispositivo de nuestro sistema procesal, ahora es meridiano. Las diligencias para mejor proveer son unas más entre las que el Tribunal puede dictar para obtener el conocimiento del derecho extranjero. Aun antes de la vista o de la citación para sentencia —momento procesal idóneo para ordenar las citadas diligencias—, podrá el Tribunal dictar otras providencias con el fin de cerciorarse del derecho extranjero. El que las providencias oportunas se dicten antes

25. Así opinaba CAMARGO, «El enjuiciamiento, los jueces y el enjuiciamiento de los jueces», en *Revista de los Tribunales*, diciembre, 1933, pág. 714; en contra ALCALÁ-ZAMORA, *La prueba del derecho consuetudinario*, ob. cit. págs. 153 y ss.

o después de la vista o de la citación para sentencia depende de los discrecionales poderes del Tribunal, según las necesidades del caso. Si la norma de conflicto remite preceptivamente a un derecho extranjero no alegado o probado por las partes, el Tribunal deberá dictar las providencias de comprobación de éste cuanto antes, para cumplir «ex officio» con lo que le ordena la norma de conflicto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que por fraude a la ley las partes se remiten a un derecho extranjero o norma nacional no aplicable. Por el contrario, si la alegación del derecho extranjero ha resultado correcta y las partes han puesto la debida diligencia en acreditarlo, pero a pesar de su actividad la norma permanece dudosa, lo más idóneo, una vez practicada la prueba, es que el Tribunal ordene las diligencias para mejor proveer que estime oportunas a fin de intentar disipar la duda.

De entre estas providencias las más usuales serán las de los números 1.º y 4.º del art. 340 de la L. E. C.: que se traiga a la vista cualquier documento para esclarecer el derecho extranjero, e igualmente que se traigan a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito, precisamente por referirse al derecho extranjero discutido o dudoso.

b) El segundo punto es el de los medios de prueba que resultan más eficaces para comprobar el derecho extranjero y cuya práctica puede ser ordenada a través de las providencias judiciales oportunas.

Queda excluido de este apartado el conocimiento privado del Juez sobre derecho extranjero, posible y admisible, como veíamos, pero que no da lugar a ningún tipo de prueba ni de resolución judicial. Este conocimiento privado debe distinguirse del de los hechos notorios. Efectivamente, existen preceptos jurídicos extranjeros que no son obviamente notorios, pero que no quedan excluidos del conocimiento privado del Juez si éste se da. A la inversa, hay normas jurídicas extranjeras frecuentemente sabidas, que al Juez no se le impone el conocerlas sino procurarse su investigación. Por otra parte, como señala Stein no se puede, en buenos principios, diferenciar el derecho notorio del no notorio, porque toda norma jurídica es según su misma naturaleza general y, por tanto, conocida por un número indeterminado de personas. En ello se diferencia el conocimiento de la norma jurídica del conocimiento de los hechos notorios, que al ser precisamente hechos, sólo son susceptibles de una percepción individual o particular<sup>26</sup>.

26. Cfr. STEIN, *El conocimiento privado del Juez*, ob. cit., págs. 236 y 237, y págs. 36 y ss.

Refiriéndose a este tema Kisch sostiene que cuando el Juez conozca el derecho extranjero (al igual que el estatutario y consuetudinario), debe aplicar sus normas directamente; también puede investigarlo utilizando obras jurídicas, o interrogando a peritos o solicitando informes de quien corresponda <sup>27</sup>.

Kisch nos pone, pues, en la pista respecto a los modos de conocer el derecho extranjero por parte de los Jueces y Tribunales:

a') En primer lugar, y teniendo siempre en cuenta lo que acabamos de decir, hay que señalar su saber privado.

b') En segundo lugar, la investigación de este derecho sobre la base de obras jurídicas, lo que abarca a nuestro juicio el estudio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina del país de que se trate. No debe olvidarse que al Juez nacional se le pide que al dictar sentencia se coloque en la misma situación del Juez extranjero del que procede la ley aplicable <sup>28</sup>. Aunque el resultado obtenido mediante esta investigación es también conocimiento privado —extraprocesal— del Tribunal y por tanto reconducible al apartado anterior, descriptivamente pueden separarse. En el primer caso se parte del conocimiento del derecho extranjero por el Juez, anterior al litigio. En éste, de su estudio e investigación al no conocerse este derecho y precisamente por ser aplicable a la causa suscitada.

c') En tercer lugar, el interrogatorio de peritos, que podrán emitir su dictamen de palabra o por escrito (art. 627 L. E. C.). Es éste un instrumento muy específico para adquirir el conocimiento del derecho extranjero. Nuestra jurisprudencia en reiteradas sentencias ha declarado que para aplicar el derecho extranjero se exige «el dictamen conforme de dos jurisprudencias del país, debidamente legalizados» (SS. 30 de junio de 1962, ya citada, 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre 1935, 5 de noviembre de 1971, etc.).

d') Por último, la solicitud de informes. Suele ser habitual que los Ministerios de Justicia o de Asuntos Exteriores de los países tengan organismos especializados que suministren informes del derecho extranjero. En Francia existe la «Office de legisla-

27. KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, 1922, II, pág. 76. En la edición española, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. Prieto Castro, 1940, págs. 200 y 201.

28. La sentencia de 30 de junio de 1962 específicamente lo reconoce cuando declara: «es forzoso interpretar las normas extranjeras cuando se aplican a casos concretos ocurridos en España, viéndose así obligado el Juez patrio a la observación del derecho sustancial extranjero como si fuera Juez en el Estado extranjero». Igualmente la sentencia de 5 de noviembre de 1971.

tion étrangère» en el seno del Ministerio de Justicia. En Italia el art. 55 de las Disposiciones de aplicación del Código de procedimiento penal, de 28 de mayo de 1931, dispone que «La autoridad judicial que por razones de oficio necesite conocer el texto de leyes extranjeras, pueda hacer solicitud de él al Ministerio de Justicia, indicando el motivo». En Austria el párrafo 271 de la Z. P. O. prescribe la intervención del Ministerio de Justicia en cuanto sea precisa.

Los organismos consulares también suelen proporcionar información del derecho, ya de la norma del propio país al que representan, ya de la del país donde están radicados. Este es el caso por ejemplo de Italia<sup>29</sup>.

Una y otra posibilidad pueden aplicarse sin ningún inconveniente a nuestros Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, y a los Consulados españoles, dada la permisibilidad de la norma del Código civil y de otros textos legales.

La Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 23 de marzo de 1911, autorizó a un cónsul para expedir un certificado de ley, y otra Real Orden circular del Ministerio de Estado (número 395) autorizó asimismo a los agentes consulares y diplomáticos a expedir o abstenerse de emitir, según los casos, certificados acerca de la vigencia de leyes españolas a petición de las autoridades<sup>30</sup>.

Los notarios, por su parte, también están autorizados para expedir certificados sobre la existencia y vigencia de leyes españolas, a fin de acreditarlas en el extranjero, así como del estatuto personal del requirente (art. 251 del Reglamento del Notariado, de 2 de junio de 1944). Las atribuciones de los notarios y cónsules en este tema queda igualmente reflejada en el artículo 91 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958, que dispone: «La adecuación de un hecho o documento al Derecho extranjero no conocido por el Encargado se justificará por testimonio del Cónsul en España, del Cónsul de España en el país o de Notario Español que conozca de tal derecho».

Con carácter general, el Decreto de 12 de junio de 1968, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia, incardina en la Secretaría General Técnica del Ministerio un

29. Según el art. 72 de la tarifa consular aprobada por R. D. de 10 de agosto de 1890, n.º 7087. Para la interpretación de este precepto y del 55 de las Disposiciones de aplicación del Código de procedimiento penal, cfr. CAPPELLETTI, *Las sentencias y las normas extranjeras*, ob. cit., págs. 142 y ss.

30. Cfr. LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, ob. cit., pág. 40.



Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional al que se atribuye el desempeño de «las funciones de Centro de Información sobre Derecho Extranjero, facilitando a los Tribunales, Organismos y Autoridades españolas la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídica de otros países, así como informando a los Tribunales, Organismos y Autoridades extranjeros sobre el Derecho positivo español vigente» (art. 21, e, del Decreto citado).

En el ámbito internacional, el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero, de 7 de junio de 1968, al que España se adhirió el 2 de octubre de 1973, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado el 7 de octubre de 1974, dispone que «Las Partes Contratantes se obligan a proporcionarse... datos concernientes a su derecho dentro del ámbito civil y mercantil, así como dentro del ámbito del procedimiento civil y comercial y de la organización judicial». (art. 1.º).

e') Otros medios de prueba, en especial la confesión y las presunciones, no son idóneos, como más adelante veremos, para acreditar la existencia del derecho extranjero.

#### 6. *Derechos, obligaciones y cargas de las partes respecto a la alegación y prueba del derecho extranjero.*

El derecho extranjero, en los casos en que sea de aplicación, puede fundamentar la acción del demandante, la excepción del demandado o ambas a la vez.

Ello nos lleva al estudio del importante tema de los derechos, obligaciones y cargas que competen a las partes respecto a la alegación y prueba del derecho extranjero.

No es posible hablar, a nuestro juicio, de una verdadera obligación, jurídicamente exigible, de alegar y probar el derecho extranjero. Si no existe obligación en sentido técnico de alegar y probar los hechos del proceso, menos aún existirá dicha obligación respecto al derecho extranjero. La obligación en sí consiste en dar, hacer o no hacer preceptivamente alguna cosa y en la posibilidad de ejecución forzosa en caso de incumplimiento. Nada de ello es de aplicación a la alegación y prueba de los hechos. Nadie está *obligado* (forzado jurídicamente) a alegar y probar. Cosa distinta es que si el litigante no alega o no prueba los hechos que le incumben, pierda el proceso; de ahí que esa facultad de alegar y probar constituya un verdadero derecho, y que la situación desfavorable de quien pudiendo ejercitarlo no lo ejercita se resuma en una estricta carga procesal.

¿Existe un derecho específico de las partes de alegar el derecho extranjero?

Pensamos que la respuesta afirmativa se impone sin dificultad. Lo mismo se conceptúa el derecho extranjero como hecho que como derecho, las partes tienen siempre la facultad de alegar aquellas normas jurídicas que estimen aplicables a su favor. El artículo 524 de la L. E. C. es, en este aspecto, suficientemente expreso al explicitar el contenido de la demanda e incluir dentro de éste «los fundamentos del derecho». Podrá discutirse si una demanda sin fundamentos de derecho es tan defectuosa que se convierta en inadmisibile, lo que no estimamos, si dan los demás elementos integradores de la acción y en virtud, precisamente, del principio «iura novit curia»; pero lo que nadie puede discutir es el derecho del actor, o del demandado en su contestación (art. 540 L. E. C.), a alegar las normas que les parezca pertinentes.

Ahora bien, de la conceptualización del derecho extranjero como hecho o como derecho derivan importantes consecuencias, ya no respecto a la facultad de alegarlo, que como hemos visto resulta indiscutible, sino respecto a la carga procesal que pueda corresponder a cada parte de probar la norma extranjera en que fundamenta su pretensión, y correlativamente las consecuencias desfavorables que se le siguen en caso de duda o improbanza (carga formal y material de prueba).

¿Existe una carga formal y material de prueba del derecho extranjero? Si se conceptúa éste como un hecho, desde luego que sí. Es la tesis de la jurisprudencia española, ya examinada, que en repetidas sentencias ha declarado la necesidad de la prueba del derecho extranjero, e incluso más: la prueba de la exacta entidad de dichas normas, de su vigencia actual, de su sentido y del alcance e interpretación asignado a ellas por los Tribunales de su país (Sentencias de 30 de junio de 1962, 5 de noviembre de 1971 y 13 de febrero de 1974, que reitera poco antes de la modificación del título preliminar del Código civil que «la legislación extranjera se trata en nuestro Código como una cuestión de hecho». Sólo la excepción, no repetida, de la Sentencia de 4 de junio de 1964, contradice esa reiterada jurisprudencia).

Cabe preguntarse qué incidencia puede tener la promulgación del nuevo art. 12, núm. 6, del Código civil en esta jurisprudencia, a nuestro modo de ver errónea. El derogado título preliminar del Código civil guardaba silencio sobre los poderes y deberes de los Tribunales y las partes respecto a la aplicación del derecho extranjero, y por tanto no puede afirmarse, como lo hace ligeramente la sentencia de 13 de febrero de 1974, que nuestro Código trataba la legislación extranjera como una cuestión de hecho.

Más bien habría que decir todo lo contrario: que los arts. 8 a 11 del antiguo sistema conflictual, de forma similar al presente, mencionaban inequívocamente «la ley de la nación del propietario», «leyes del país en que están sitios» (los inmuebles) (art. 10 derogado), «leyes del país en que se otorguen» (contratos, testamentos y demás instrumentos públicos) (art. 11 antiguo), etc., lo que venía a demostrar la calificación como derecho de la ley extranjera para nuestro código hasta la saciedad.

Pero, promulgado el nuevo título preliminar, existe ya norma al respecto (art. 12, 6.º), si bien no todo lo afortunada que hubiese sido deseable. Esta norma es paralela a la que regula la actividad de los Jueces, ya estudiada, en el mismo precepto y número.

En lo tocante a las partes del Código dispone: «La persona que invoque el derecho extranjero *deberá acreditar* su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española».

Decíamos que la dicción del artículo no resulta todo lo afortunada que sería de desear porque parece argüir una carga de alegación y prueba del derecho extranjero en el litigante interesado en su aplicación. Así lo entiende la Exposición de Motivos de la ley reformadora del Código civil, al interpretar este precepto afirmando que «impone la carga de la prueba del derecho extranjero a quien lo invoque». Y no se debe olvidar que las Exposiciones de Motivos de las leyes constituyen, según la jurisprudencia, interpretaciones auténticas de las mismas<sup>31</sup>.

La norma debe criticarse por su imperfección técnica, por no concordar con otros preceptos complementarios del Código y por conducir a resultados en sí mismos contrarios a la propia Ley.

a) Efectivamente, en primer término el precepto es técnicamente desafortunado por relegar el derecho extranjero a la condición procesal de hecho, en cuanto exige que la persona que lo invoque *deberá acreditar* su contenido y vigencia. Una cosa es, como vimos, la facultad de acreditar el derecho sustantivo y otra el deber (mejor, carga) de probarlo, sólo aplicable a los hechos *stricto sensu*. Entre ambos sistemas el nuevo título preliminar ha escogido el último, claramente erróneo.

b) En segundo lugar, esta disposición se compadece mal con la que a continuación ordena el Código: «Sin embargo, para su

31. Véanse SS. de 20 de mayo de 1950 y 4 de noviembre de 1957, entre otras.

aplicación [del derecho extranjero], el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Si la determinación de la vigencia y contenido del derecho extranjero aplicable es tratada procesalmente como perteneciente a la *quaestio facti*, no se comprenden las facultades extraordinarias que en este campo se le conceden a los Tribunales y que ya hemos estudiado<sup>32</sup>. Estas facultades sólo pueden derivar de la concepción exacta de la ley extranjera como derecho a todos los efectos, reforzada por la naturaleza de *ius cogens* de las normas de conflicto y la consiguiente obligación, impuesta por el propio Código, de la aplicación de oficio de las mismas por los Tribunales y autoridades.

c) En último lugar, la dicción gramatical del precepto conduciría, de aplicarse congruentemente, a resultados contrarios a la ley y que el legislador no ha podido querer. Si el derecho extranjero es tratado como un hecho, en el aspecto ser sometido a la carga de la alegación y de la prueba de las partes, todos los modos de fijación formal de los hechos previstos en la ley deberían ser idóneos para determinarlo. También aquellas figuras,

32. Podría pensarse que el derecho extranjero, tratado procesalmente como hecho, queda sometido al mismo régimen de investigación de oficio que los hechos del proceso penal; así lo sostiene, p. ej., GÓMEZ ORRANEJA, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., I, pág. 293, *in fine*. Pero la equiparación no es afortunada. Los hechos del proceso penal se investigan ciertamente de oficio, pero sólo a través de los cauces que el proceso ofrece. En cambio, el derecho extranjero aplicable en el proceso civil viene constituido por normas jurídicas y su investigación por el Juez debería estar regida por un postulado distinto, al principio «iura novit curia», cuyo alcance es muy superior, en cuanto implica esencialmente la posibilidad de que el Juez utilice al respecto su conocimiento privado. En definitiva, nos encontramos una vez más con la diferencia conceptual básica entre hecho y derecho. El principio «iura novit curia» supone el que los Jueces, como peritos o profesionales del derecho que son, puedan hacer uso del saber que poseen acerca de la vigencia y contenido de los preceptos que integran el ordenamiento jurídico, sea cual sea la fuente de su conocimiento. Sin embargo, como ya decía STEIN siguiendo a SCHMIDT, la prohibición de que el Juez utilice sus percepciones *extraprocesales* sobre los hechos controvertidos para excluir la prueba, encuentra su verdadero fundamento en la imposibilidad de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, de juzgar con un mínimo de objetividad sobre el valor o la carencia de valor de la propia percepción en la misma medida con que se valoran las declaraciones de los testigos; de ahí que tal prohibición deba regir de igual modo respecto a los hechos del proceso penal, aunque dicho proceso esté bajo el dominio del principio de oficialidad (*Offizialprinzip*), de la búsqueda de la verdad *ex officio* (cfr. STEIN, ob. cit., pág. 4). En idéntico sentido vendría a expresarse años más tarde CALAMANDREI, «La definición del hecho notorio», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentis Melendo, 1945, pág. 192. Véase sobre este tema la resumida y correcta exposición que ofrece JIMÉNEZ CONDE, «Reflexiones en torno a la obra de Stein», «El conocimiento privado del Juez», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974, núm. 1, pág. 135.

como la admisión y la «ficta confessio», que excluyen la prueba (art. 565 L. E. C.).

El resultado no podría ser más absurdo e ilegal: ¿se puede convertir en derecho italiano o alemán, si estos son los invocados, una norma inexistente en tales ordenamientos, tan sólo porque las partes coincidan en admitirla como ciertas?

Un autor español ha sostenido en la misma línea que «Nada sería tan ilógico como aplicar estrictamente respecto de ella [de la norma extranjera] los principios de aportación de parte y dispositivo que rigen para la prueba de los hechos. ¿Es que el Juez va a partir en su sentencia, digamos, de una pretendida disposición del Código civil francés, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue? ¿Es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante que tenía que probarlo no lo haya hecho?»<sup>33</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, ha corregido modernamente en este aspecto una doctrina errónea, mantenida hace tiempo por el Tribunal Supremo, según la cual, cuando los litigantes estaban conformes respecto a la vigencia y aplicabilidad del derecho extranjero, resultaban innecesarios otros medios de comprobación del mismo<sup>34</sup>. La Sentencia de 5 de noviembre de 1971 sienta que la prueba del derecho extranjero «no puede suplirse por la conformidad también referida de los litigantes; la cual, aunque tenida en cuenta ciertamente por las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan, lo fue de textos legales de indiscutible vigencia cual es el Código civil francés».

Es de esperar que la jurisprudencia culmine este camino hace tiempo recorrido por la doctrina científica, y en su labor de complementar (interpretar) la ley, al aplicar este artículo 12, n.º 6, del Código civil, confiera a las partes, no la carga de la prueba de la ley extranjera, sino el derecho de probar estas normas, *colaborando* con el Juez en su deber de procurarse dicho conocimiento, si privadamente no lo tuviese ya.

La teoría de la *colaboración de las partes* con el Juez es lo que mejor se ajusta, de un lado, con la peculiar fisonomía que el principio «iura novit curia» tiene para el Tribunal respecto al

33. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., I, pág. 293. Aunque no es acertada la equiparación que este autor realiza después entre la prueba de la norma extranjera y el principio de investigación de oficio, como ya vimos en la nota anterior.

34. SS. de 9 de julio de 1895, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935.

derecho extranjero (deber de investigarlo, no de conocerlo), y, de otro, con la facultad —no carga— de las partes de alegar este derecho y de ilustrar al Juez en su conocimiento, pudiendo incluso éste, debido a tal actividad, modificar su punto de vista.

Morelli afirma que «la colaboración de las partes con el Juez tiene lugar frecuentemente aun para la comprobación de normas de derecho escrito nacional, pero adquiere particular relieve cuando se trata de derecho consuetudinario de derecho extranjero, pues muy frecuentemente el uno y el otro son de hecho más conocidos para las partes que para el juez. Pero la actividad de las partes en orden a la posición de la norma extranjera (...) no es decisiva, sino puramente subsidiaria»<sup>35</sup>.

En todo caso, este *principio de colaboración*<sup>36</sup> debería aplicarse de una forma estricta al derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, no al contenido en Tratados, que, según vimos, si cumplen con los requisitos debidos, son considerados a todos los efectos ley nacional (los Tribunales deberán, sin más, conocerlos y aplicarlos de oficio).

7. *Medios de prueba de los que se pueden servir las partes para acreditar el derecho extranjero. Problemas que presentan la prueba de confesión y las presunciones.*

Si técnicamente la ley extranjera no debe ser considerada como un hecho en sentido propio, sino únicamente como derecho, sólo de un modo analógico puede hablarse de medios de prueba para acreditar este derecho. Morelli<sup>37</sup>, con singular claridad, ha sostenido que «Puede ocurrir que el juez, al no conseguir con sus propios medios adquirir el conocimiento de la norma extranjera, recurra a *procedimientos* análogos a los que le sirven para la posición del hecho de la causa (procedimientos probatorios).

35. Cfr. MORELLI, *Derecho Procesal civil internacional*, ob. cit., págs. 56 y 57, que sigue a CARNELUTTI.

36. La tesis de la *colaboración* ha sido defendida por diversos autores, además de MORELLI y CARNELUTTI. Entre los españoles, DE DIEGO, *Fuentes del derecho civil*, 1922, pág. 347, CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, 1947, pág. 210, etc. También LAURENT, D'AMELIO, BOLAFFIO, que hablan de la *colaboración* debida de las partes; BOQUEL, VALERY, etc. Se puede encontrar una cita muy completa de estos autores, con sus diversos matices, en SENTIS MELENDO, *El juez y el derecho*, ob. cit., pág. 147, y ss. La moderna jurisprudencia italiana sigue asimismo el principio de la colaboración de las partes con el Juez: cfr. la sentencia de 13 de abril de 1959, comentada por CAPPELLETTI, *Las sentencias y las normas extranjeras*, ob. cit., págs. 183 y ss.

37. *Derecho Procesal Internacional*, ob. cit., pág. 57.



Pero se trata de simple *analogía*, que no autoriza propiamente a reducir al concepto de medios de prueba los procedimientos utilizados por el juez para lograr el conocimiento del derecho extranjero ni a extender en un todo a ellos las reglas que disciplinan los medios de prueba. La diversidad conceptual depende de la imposibilidad de hablar de prueba respecto de las normas extranjeras».

¿De qué pruebas, analógicamente hablando, podrá servirse la parte para acreditar el derecho extranjero?

Los autores son partidarios de admitir todos los medios de prueba, pero con la corrección fundamental de que el Juez sea libre en la valoración de los mismos. Así, Morelli afirma: «Es más exacto sostener, en vez de la ilimitada e incondicional exclusión de esos procedimientos [medios de prueba tasados], la exclusión de la eficacia vinculadora del Juez, que se les atribuye cuando sirven a la comprobación del hecho»<sup>38</sup>.

Esto equivale a dejar sin su valor legal específico a ciertos medios probatorios, como son concretamente la confesión y los documentos; lo que, si bien puede resultar justificado en el primer caso, por los motivos particulares que en seguida se expondrán, no nos parece así en el supuesto de los documentos, ya que si éstos reúnen todos los requisitos exigidos por la ley y son presentados en la debida forma, nada empece por razón del hecho específico que acreditan —vigencia y contenido de determinada norma jurídica extranjera— para que se les otorgue la eficacia prescrita en el ordenamiento.

Por ello deberá tratarse, a nuestro juicio, cada medio de prueba en particular y estudiar su idoneidad para demostrar la existencia del derecho extranjero.

Sentis Melendo<sup>39</sup> hace una advertencia previa en este tema que consideramos de importancia. «Parece obligado distinguir —afirma dicho autor— entre prueba del texto [de la ley] y prueba de la vigencia, y más aún del sentido en que ha de entenderse la ley. Para lo primero, la prueba más adecuada es la documental, consistente en el texto mismo de la ley; para probar la vigencia nada mejor que la certificación oficial de funcionarios del país legislador, haciéndolo constar; para poner de manifiesto el sentido de la ley y su aplicación al caso controvertido, las opiniones de los jurisconsultos resultan insustituibles».

Hecha esta advertencia, debemos preguntarnos, aunque sólo

38. Cfr. MORELLI, *ob. cit.*, pág. 58.

39. *El Juez y el Derecho*, *ob. cit.*, pág. 174.



sea muy someramente, qué medios probatorios podrá utilizar la parte para acreditar el derecho extranjero.

En primer término hay que referirse a la confesión judicial, cuya inidoneidad para acreditar el derecho extranjero hay que dar por descontada, desde el punto en que el mismo *no constituye un hecho personal del confesante*, sino una norma objetiva que le trasciende, siendo aquél un requisito inexcusable para la eficacia de dicha prueba (arts. 1231 del C. c. y 587 de la L. E. C.).

La prueba documental, en cambio, surtirá toda su eficacia si los documentos están revestidos de las solemnidades legales. En particular, los documentos otorgados en otras naciones, tan importantes para acreditar el texto de la ley extranjera, tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España, siempre que reúnan los requisitos del art. 600 de L. E. C. Conviene advertir, empero, que esto lo afirmamos, naturalmente, de la eficacia del documento público, no del privado. Los documentos privados, para que gocen de eficacia jurídica, han de encerrar siempre, por su propia naturaleza, una declaración afectante a actos o circunstancias propias de los que los suscriben, y de ahí que tales documentos no resulten idóneos para acreditar una situación ajena y extrínseca a los firmantes, como es el derecho extranjero. Por el contrario, en el documento público siempre interviene un funcionario que lo autariza, el cual da fe de hechos o actos precisamente ajenos a él mismo, como podrían ser cabalmente las normas integrantes de un ordenamiento jurídico extranjero <sup>40</sup>.

El dictamen pericial, exigido repetidamente por nuestra jurisprudencia —según ya vimos— en forma de dictamen conforme de dos jurisconsultos acerca de la existencia, sentido, alcance e interpretación jurisprudencial de la ley extranjera, es otro medio de prueba idóneo para probar este derecho.

La prueba de reconocimiento judicial, en su sentido estricto de examen por el Juez de algún lugar o la cosa litigiosa (art. 633 de la L. E. E.), carece de explicación para la prueba del derecho extranjero. El derecho extranjero, obviamente, no es «una cosa» que pueda ser objeto de percepción sensorial (reconocimiento judicial), sino una norma o conjunto de ellas que deben llegar a ser conocidas por el Juez.

Tampoco consideramos apta para la prueba del derecho extranjero la declaración testifical. Este medio probatorio, por su propia naturaleza, supone conocimiento de hechos concretos o

40. En este sentido basta contrastar la diferencia existente entre el art. 1218, I, del Código civil, referente al documento público, y los arts. 1225 y 1227 del mismo texto legal, sobre la eficacia del documento privado.

individuales, no de nociones generales en lo que toda norma consiste: de ahí que el testigo sea infungible y el perito perfectamente sustituible (basta que tenga los conocimientos científicos o técnicos requeridos para el caso concreto). El conocimiento del derecho extranjero, por su misma índole general, se predica de un número indeterminado de personas, lo que motiva en tal supuesto que la prueba pericial, en forma de varios dictámenes, pueda ser cabalmente exigida. Hablar, sin embargo, de prueba testifical del derecho extranjero es una impropiedad, que como tal debe evitarse. En toda supuesta prueba testifical de la norma extranjera, habrá encubierta una verdadera prueba pericial. El testigo, conceptualmente, puede ser uno o varios, pero siempre determinados: los únicos que vieron, oyeron, etc. ¿Puede imaginarse cosa más absurda que unos únicos e insustituibles conocedores de todo un sistema de derecho? Aunque la hipótesis de hecho se diera —lo cual es inimaginable—, un sistema de leyes, o una norma, por su carácter general y al menos transitoriamente aprehensible, está abierta al conocimiento de muchos (posibles peritos), no a la percepción individual de unos pocos (testigos) <sup>41</sup>.

Por último, hay que aludir a la llamada «prueba» de presunciones. A nuestro juicio, las presunciones tampoco son un medio idóneo para la demostración del derecho extranjero <sup>42</sup>. La cuestión está ligada con el grado de certeza que mediante el juego de la presunción se alcanza. Demostrado el hecho base y el enlace preciso y directo de éste, según las reglas del criterio humano (art. 1253 C. c.), con el hecho presunto, este último se puede fijar en la sentencia por recaer sobre él un juicio de probabilidad cualificada <sup>43</sup>. El hecho presunto es, pues, sólo probable y como tal

41. Las diferencias entre el testigo y el perito, cuyos rasgos de distinción más relevantes hemos tomado para aplicarlos al problema de la prueba del derecho extranjero, se encuentran magistralmente reseñados en STEIN, *El conocimiento privado del Juez*, ob. cit., págs. 73 y ss., y de las cuales nos da una acabada síntesis JIMÉNEZ CONDE, «Reflexiones en torno a la obra de Stein...», cit., págs. 141-142. Sobre el tema puede verse asimismo la crítica que CARNELUTTI (*La prueba civil*, trad. Alcalá-Zamora, 1955, págs. 81-82) llevara a cabo frente al autor alemán, y la muy acertada réplica formulada al respecto por JIMÉNEZ CONDE, *ibid.*, pág. 142, nota 14.

42. En contra CAPPELLETTI, *La sentencia y las normas extranjeras*, ob. cit., pág. 159, que sostiene que los límites de prueba que se imponen respecto a los hechos no son aplicables respecto al derecho, lo cual sólo en cierto sentido es admisible (vg., no limitación del juez en la investigación del derecho extranjero), pero en otros aspectos erróneo; por ejemplo, inidoneidad de ciertos modos de determinación de los hechos para acreditar el derecho extranjero, entre ellos las presunciones como examinamos en el texto a continuación.

43. Cfr. CARRERAS, «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en *Revista Jurídica de Cataluña*, mayo-agosto, 1962, págs. 18 y ss. (separata).

se recoge en la sentencia, porque no existe otro modo de alcanzar sobre él mayor certeza y porque, ante esta imposibilidad, el ordenamiento admite este grado de conocimiento —probabilidad cualificada— como suficiente para su fijación. Ahora bien, lo que puede ser admisible para los hechos *stricto sensu*, no lo es para el derecho. ¿Cómo va a aplicarse el derecho extranjero, formando parte de la premisa mayor de la decisión jurisdiccional, si su existencia se estima simplemente probable? La presunción, por su mecánica misma, resulta impropia para fijar algo objetivo, dado y comprobable como es una norma jurídica. Precisamente porque aquí el que sería hecho presunto —el derecho extranjero— podría comprobarse por otros medios de prueba idóneos a su naturaleza (documentos y peritos, según hemos visto), si por estos medios no se alcanzara su certeza, resultaría inadecuado presumir su existencia, convirtiendo en derecho vigente y cierto lo que, en rigor, sólo es probable (aunque sea con probabilidad cualificada). ¿Habría algo más absurdo que afirmar que es presumible la existencia de un artículo del Código civil italiano por la relación de dicho Código, en el tema debatido, vg., con el Código Napoleónico? La presunción es de legítimo uso para comprobar hechos pasados que sin ella quedarían absolutamente privados de prueba, al no poderse acreditar en el momento del proceso directamente; pero resulta un procedimiento ilegítimo e impropio para probar situaciones actuales, plenamente constatables y objetivas, como el derecho extranjero vigente.

Respecto a los informes que puedan solicitar los Tribunales, ya hemos tratado de ellos oportunamente en el epígrafe 5.º de este trabajo. Los organismos que allí citamos pueden ser consultados por las partes, salvo reglas particulares en contrario. Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica de estos informes, diremos que participan de un carácter mixto de prueba documental y pericial<sup>44</sup>.

#### 8. *Derecho comparado. Diferencias con la solución del título preliminar.*

El derecho comparado es muy vario en el tema que estudiamos: desde sistemas jurídicos como el italiano, que carece de normas de carácter general al respecto y cuya laguna ha tenido

44. En contra ALMAGRO, *La prueba de informes*, 1968, págs. 113 y ss., y 137 y ss., que sostiene la autonomía de esta prueba.

que ser colmada por la doctrina y la jurisprudencia <sup>45</sup>, hasta Códigos como la Ordenanza Procesal Civil alemana que contempló con exactitud este problema y ha servido de ejemplo a otras legislaciones (v. gr., la austríaca, húngara, holandesa, polaca, checoslovaca, danesa, etc.). Existe por otra parte la regulación, no sólo procesal del problema, sino también de derecho internacional privado, como la del Código Bustamante.

En nuestra legislación, esta cuestión, como hemos visto, se regula en el Código civil, en el último apartado y artículo (el art. 12.6) de un capítulo (el IV) del título preliminar dedicado a las «normas de derecho internacional privado».

La Z. P. O. alemana, modelo de las legislaciones citadas, en el párrafo 293 dispone: «El derecho extranjero, el consuetudinario y el estatutario sólo necesitarán ser probados cuando el Tribunal no los conozca. Para la determinación de los preceptos de esta clase, el Tribunal no queda limitado a las pruebas que le ofrezcan las partes; está facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de las mismas» <sup>46</sup>.

Claramente influenciado por el derecho alemán, el párrafo 271 de la Z. P. O. austríaca ordena: «El derecho vigente en otro Estado, el derecho consuetudinario, los Privilegios y los Estatutos, sólo requieren prueba si son desconocidos por el Tribunal. En la averiguación de estas normas jurídicas el Tribunal no se encuentra vinculado por las pruebas suministradas por las partes; puede a este fin proceder a todas las averiguaciones que le parezcan necesarias, incluso, en cuanto sea preciso, reclamar la intervención del Ministerio de Justicia» <sup>47</sup>.

Estas normas, a pesar de ser casi un siglo más antiguas (la

45. Cfr. CAPPELLETTI, *Las sentencias y las normas extranjeras*, ob. cit., págs. 141 y ss. y 171 y ss.

46. «Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen». La traducción castellana más acabada de este precepto nos parece que es la de PRIETO-CASTRO, inserta en el texto: cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, 1936, pág. 809.

47. «Das in einem anderen Staatsgebiete geltende Recht, Gewohnheitsrecht, Privilegien und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Garichte unbekannt sind.

Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien angebotenen Beweise nicht beschränkt; es kann alle zu diesem Zwecke ihm nötig scheinenden Erhebungen von Amts wegen einleiten und insbesondere, soweit erforderlich, das Einschreiten des Justizministers [ahora: 'Bundesministeriums für Justiz'] in Anspruch nehmen».

Z. P. O. alemana es de 1877 y la austríaca de 1895) que el nuevo artículo del título preliminar del Código civil, presentan una serie de ventajas técnicas sobre él, realmente inexplicables dado el tiempo y la investigación de que han sido objeto, y que sólo muy parcialmente, como vamos a ver, se han aprovechado por nuestra legislación.

En primer lugar, tanto un párrafo como otro admiten expresamente el conocimiento privado del Juez sobre derecho extranjero. El derecho extranjero, el consuetudinario, etc., sólo exigirá prueba «cuando sean desconocidos para el Tribunal» (*als sie dem Gericht unbekannt sind*). Nuestro Código civil, por el contrario, en el artículo 12, n.º 6, párrafo segundo, comienza imponiendo la ineludible carga de alegación y prueba a quien invoque el derecho extranjero, sin reparar en la posibilidad de que el Juez particularmente ya lo conozca. Que el saber privado del Juez sobre este extremo es viable en nuestro ordenamiento, y que así viene admitido implícitamente en los poderes de investigación que se conceden al órgano jurisdiccional en el inciso siguiente del mismo artículo y número, resulta evidente, según pudimos comprobar, aunque no se exprese del modo claro que hubiese sido deseable.

En segundo lugar, está implícito en el sistema de ambos párrafos alemán y austríaco que la alegación y prueba de las normas vigentes en otro Estado es un derecho de las partes, no una carga. Dichos preceptos no imponen a las partes carga de ningún tipo y dejan claro, por el contrario, que las partes *pueden* suministrar prueba. Otra solución técnica mejor que la de nuestro Código.

Por último, los poderes y deberes de los Tribunales en orden a la investigación del derecho extranjero son meridianamente establecidos por el derecho alemán al ordenar que «el Tribunal no queda limitado a las pruebas que ofrezcan las partes», sino que «está facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento», y en el derecho austríaco por el precepto que ordena que en la averiguación de las normas jurídicas extranjeras «el Tribunal no se encuentra vinculado por las pruebas suministradas por las partes; puede a este fin proceder a todas las averiguaciones que le parezcan necesarias». Estas normas sí tienen paralelo en el nuevo título preliminar, concretamente en el último inciso del artículo 12, n.º 6.

El Código Bustamante regula esta cuestión en sus artículos 409 a 411. En el primero —art. 409— reconoce el derecho de las partes a alegar y probar el derecho extranjero: «La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante

en uno de los otros, o disienta de ella, *podrá* justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentar debidamente legalizada». El artículo 410 establece el deber de los Tribunales de investigar de oficio el derecho extranjero: «A falta de prueba, o si el Juez o el Tribunal por cualquier razón la estimaran insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable». El último artículo mencionado, el 411, contiene las obligaciones de los Estados contratantes respecto a esta materia: «Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo, o de cualquiera de sus salas o secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia»<sup>48</sup>.

#### 9. *Efectos de la duda sobre la aplicación, existencia e interpretación de la ley extranjera.*

El tema de este epígrafe es de vital importancia práctica, pues plantea el problema de qué resolución debe dictarse cuando el derecho extranjero no pueda ser comprobado por el Juez o, lo que es lo mismo, no se llegue a acreditar su vigencia y contenido, ya sea mediante investigación de oficio, ya sea mediante prueba a instancia de parte.

Las soluciones propuestas por la doctrina respecto a esta cuestión son varias y van desde la aplicación de la «lex fori», hasta la desestimación de la demanda, pasando por las soluciones «comparativas» de aplicación de la norma «de la mayor probabilidad»<sup>49</sup>.

48. Un comentario de estos preceptos se puede encontrar en el propio BUSTAMANTE, *Derecho Internacional Privado*, 1943, III, págs. 253 y ss.

49. En caso de falta de demostración de la ley extranjera algunos autores se inclinan por la aplicación de la «lex fori», basándose esencialmente en las siguientes razones: a) En una pretendida identidad entre la norma extranjera y la «lex fori». Esta presunción de identidad, como es obvio, resulta totalmente gratuita y por ello apenas se utiliza ya en la actualidad esta tesis.— b) La «lex fori» se aplica porque la ley extranjera sólo puede encontrar acogida en cuanto los Tribunales consigan adquirir su conocimiento (entre otros autores mantienen esta postura ANAGLIARI, UDINA, etc.). La segunda parte de dicha proposición es cierta por evidente —la ley extranjera sólo podrá ser aplicada si es conocida por el Juez—, pero no así la primera parte —deberá aplicarse la «lex fori»—, afirmación que es precisamente la que requiere ser demostrada.— c) La «lex fori» debe aplicarse por la necesidad que



A nuestro juicio, deben distinguirse tres situaciones diferentes de indeterminación de la norma extranjera, que deberán dar lugar a resoluciones también diferentes.

a) Puede ocurrir, en primer lugar, que se dude de la aplicación misma de la ley extranjera. Este problema, como es obvio, resulta previo a la duda sobre la existencia de esa ley posiblemente aplicable. En este caso se cuestiona sobre la remisión de la norma de conflicto interna, a una norma extranjera. Tal remisión puede hacerse problemática por las fundadas razones que le surjan al Juez de la existencia de un obstáculo que lo impida:

aa) En primer término, en el caso de la llamada cuestión preliminar (vg. matrimonial, de filiación etc.), que haría dudosa la aplicación de nuestro derecho a un punto del que depende la resolución de la cuestión principal<sup>50</sup>. Aunque el Código civil care-

tiene el Juez de pronunciarse. Esta tesis es falsa, ya que existe verdadero pronunciamiento, rechazándose la demanda o la contestación, sin aplicar la «lex fori». (Sobre esta diversas teorías cfr. MORELLI, *Derecho Procesal Internacional*, ob. cit., págs. 59 y ss.).

La desestimación de la demanda en caso de inexistencia o duda de la norma extranjera aplicable ha sido mantenida por MORELLI, ob. cit., págs. 61 y ss. ANZILOTTI, «Prova di leggi estere», en *Opere di Anzilotti*, VI, 1963, pág. 91 y ss., MICHELI, «Iura novit curia», ob. cit., pág. 382.

La tercera vía o «solución comparativa o de la mayor probabilidad» es mantenida por CAPPELETTI, *Las sentencias y las normas extranjeras*, ob. cit., págs. 208 y ss. El autor resume su teoría de esta forma: «[el Juez] llegará siempre, por lo menos, a insertar aquel ordenamiento [aplicable] en un amplio cuadro comparativo: y por tanto, a hacerse aunque no sea más que una vaga idea del nivel social, cultural, económico, de la sociedad organizada en aquel ordenamiento, de las estructuras fundamentales de él, de las influencias que él ha ejercido o experimentado, de su pertenencia a una determinada familia jurídica y cultural. La solución por él adoptada estará adaptada, pues, a este conocimiento suyo: que es precisamente todo lo que él ha conseguido averiguar acerca del derecho a que se hace remisión» (pág. 210). Esta tesis, a nuestro juicio, sustituye la norma *stricto sensu* que debe aplicarse por unas indeterminadas facultades normativas conferidas al Juez que, aunque el autor lo niegue, pueden llevar sin duda a la arbitrariedad.

50. WOLF, en *Private International Law*, 1945, págs. 206 y 207 (citado por MIAJA, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., I, págs. 300 y 301) propone el siguiente ejemplo: «Un súbdito griego, domiciliado en Grecia, muere *ab intestato* dejando propiedad mueble en Inglaterra. No hay duda de que el Tribunal inglés debe, por aplicación de las normas de conflicto inglesas y griegas, aplicar el Derecho material griego, y no tomar en consideración ninguna especie de reenvío. Según la ley sucesoria griega, una parte de esta propiedad corresponde a la mujer del difunto. ¿Es la mujer W. su esposa ante los ojos del Tribunal inglés? La respuesta puede depender de que el Tribunal aplique sus propias reglas de conflicto o las griegas sobre el matrimonio. Supongamos que el matrimonio W y el difunto se celebró en Inglaterra ante un *Registrar* sin intervención de ceremonia religiosa. Si se aplica la norma inglesa de conflicto según la cual la forma del matrimonio está regida por la norma «locus regit actum», será competente el Derecho interno inglés y el matrimonio será válido. Si, no obstante, se ha de decidir por la norma griega de conflicto, prevalecerá la ley nacional de las partes, y el matrimonio



ce de norma específica que disponga por qué ley han de regirse las cuestiones preliminares, parece que la tajante disposición del n.º 1 del art. 12, de que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española, abarca también a la cuestión preliminar. Por tanto, la duda en la norma aplicable a la cuestión preliminar, parece estar resuelta, positivamente, con el mandato de la aplicación de la «lex fori». Resuelta esta duda, la aplicación de la norma de conflicto española y la remisión que corresponda no presenta problemas.

bb) En segundo lugar, el reenvío sólo es admitido por nuestro Código en primer grado (art. 12.2): «La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto pueden hacer a otra ley que no sea la española». Con este precepto, se disipan las dudas que podrían surgir en nuestros Tribunales en los casos de reenvío. La balanza vuelve a inclinarse hacia la «lex fori».

cc) Por último, la excepción de orden público y el fraude de ley hacen también inaplicable la norma extranjera (art. 12, n.º 3.º y 4.º C. c.) y aplicable en su lugar la ley española.

Todos los supuestos examinados tienen el denominador común, por las razones expuestas, de rechazar la ley extranjera e imponer la «lex fori».

b) Es posible, en segundo término, que no haya duda respecto a la aplicación de la ley extranjera, pero que tras una diligente búsqueda de ésta por las partes y por el Juez aparezca como inexistente o al menos como dudosa. Este es el caso al que suele referirse la doctrina procesal, ignorando los supuestos anteriores.

A nuestro entender, para resolver este problema no queda otra solución que desestimar (en el fondo) la petición de la parte que fundó su acción o excepción en una norma extranjera inexistente o dudosa.

La conclusión no se fundamenta, como pretenden algunos criticándola, en la consideración del derecho extranjero como un hecho y en la aplicación al mismo de las reglas de la carga de la prueba («actore non probante, reus absolvitur» y «reus in exci-

será nulo. La cuestión de validez del matrimonio surge en tal caso sólo incidentalmente, es decir, en conexión con la sucesión, y como la sucesión está regida por el Derecho griego, el Tribunal puede encontrar justificación, ignorando su propio Derecho, en aplicar el Derecho griego, es decir, denegando a W su derecho a suceder en la propiedad».

piendo *fit actor*»), sino precisamente en la consideración cabal del derecho extranjero como derecho y por tanto inaplicable, al igual que el nacional, si su contenido y vigencia no consta con certeza para el Juzgador.

El posible error del Juez, estimando inexistente o dudoso un derecho extranjero que realmente exista y está en vigor, lo cual ha hecho a algunos autores rechazar esta conclusión, no nos parece en buenos principios razón suficiente para no admitirla. La solución propuesta es la *normal*, y equipara el tratamiento del derecho nacional y el extranjero. En caso de supuesto error, éste se controlará por la vía de los recursos, singularmente, como veremos, por el de casación, al igual también que el derecho nacional.

c) La tercera y última duda que se le puede presentar al Tribunal reside en la interpretación de la ley extranjera. Ello debe resolverse, como hemos visto, en la forma que lo hagan los propios Tribunales del país al que pertenece la norma. Así viene exigido por nuestra jurisprudencia, cuando solicita de nuestros Jueces que se coloquen en el lugar de los Tribunales extranjeros, y a tal fin va encaminada la exigencia de la presentación de dos dictámenes conformes emitidos por juristas extranjeros acerca de la interpretación usual de la ley en su país.

#### 10. *Admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera.*

La admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera es un problema que presenta importancia no sólo procesal sino desde el punto de vista del derecho internacional privado. Para el derecho procesal, porque la admisión del recurso dependerá del concepto y alcance que se dé al instituto de la casación. Para el derecho internacional privado, porque estando integrado por un sistema de reglas la mayor parte de las veces nacidas de los casos resueltos por la jurisprudencia, con ausencia de preceptos escritos expresos, abrir o cerrar el recurso de casación será abrir o cerrar el mismo desarrollo de este derecho.

El tratamiento en casación de la ley extranjera viene condicionada por la respuesta que demos a dos cuestiones.

La primera se refiere a la conceptualización del derecho extranjero como hecho o como derecho. Si el derecho extranjero es considerado un hecho, será inadmisibile el recurso de casación, a no ser que se interponga por el estrecho cauce del n.º 7 del

art. 1692: error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. Esta es la tesis de nuestro Tribunal Supremo en reiteradísima jurisprudencia, en parte citada, con la sola excepción de la sentencia, también referida, de 4 de junio de 1964, en la cual se afirma que «la ley [extranjera] aplicada [en la sentencia recurrida no] se puede impugnar por la vía del n.º 7 y sí solo por la del n.º 1 en las mismas condiciones que si se tratase del derecho nacional».

La doctrina española de modo uniforme se ha opuesto a la consideración de la ley extranjera como hecho, ya que, como afirmaba Yanguas refiriéndose al anterior sistema conflictual, nuestro código a la ley extranjera «siempre la llama ley, o lo que es lo mismo, derecho; nunca la denomina hecho, ni de sus palabras ni de su espíritu puede inducirse semejante calificación»<sup>51</sup>.

Reafirmada, pues, una vez más la naturaleza de verdadero derecho de la ley extranjera, ahora a efectos del recurso de casación, debe contestarse seguidamente a la segunda cuestión. Aun siendo derecho la ley extranjera, ¿la finalidad y contenido del recurso de casación admiten que su violación pueda denunciarse a través del mismo?

La tesis negativa suele fundamentarse en que la infracción de la ley extranjera «no afectando a la unidad de interpretación del derecho nacional, a que tiene la institución que nos ocupa, tal violación sería un simple problema de justicia o injusticia, que se agota en las instancias»<sup>52</sup>. Un razonamiento parecido hace igualmente Calamandrei, afirmando que queda excluida de la casación «la violación del derecho extranjero, porque, aunque encuentra aplicación en el Estado, no deriva del poder legislativo del Estado»<sup>53</sup>.

Las razones apuntadas no son decisivas, a nuestro juicio, para

51. Cfr. YAGUAS MESSIA, *Derecho internacional privado*, 1944, I, pág. 310. DE LA PLAZA, (*La casación civil*, 1944, págs. 179 a 184) expone la tesis de la jurisprudencia que considera la ley extranjera como hecho, y la crítica doctrinalmente. Por su parte, GUASP (*Derecho Procesal civil*, 1968, II, pág. 837) incluye en el concepto de aplicación indebida, las violaciones de derecho histórico y derecho extranjero aplicables; y GORDILLO («Los errores de hecho en casación», en *Libro homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, 1959, II, págs. 671 y 672) distingue el error respecto a la existencia y validez de la norma extranjera que debe denunciarse a través del n.º 7 del art. 1692 de la L.E.C. por tratarse de una cuestión de hecho, de los errores en la aplicación de la ley extranjera, que deben invocarse al amparo del n.º 1 del mismo texto legal.

52. Cfr. PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal civil*, 1972, I, pág. 696.

53. CALAMANDREI, *La Casación Civil*, trad. Sentís, 1945, I, vol. 2.º, pág. 70, aunque este autor en la voz «cassazione civile» en el *Nuovo digesto italiano*, 1937, II, pág. 984, reconozca que el derecho extranjero puede ser objeto de casación, si está en vigor en el ordenamiento jurídico italiano por remisión de las normas de conflicto de este último a la norma extranjera.

excluir de este tema el recurso de casación. En primer lugar, porque se refieren a finalidades parciales de este recurso, pero no las agotan. La unidad de interpretación de ley nacional, la protección de la ley del Estado, son algunos de los fines de la casación pero no todos, ya que junto a la defensa del «ius constitutionis», fin primario del instituto, se encuentra la del «ius litigatoris» en coordinación con aquél. En segundo lugar, porque, aun atendiendo a la primera función o nomofiláctica del recurso, tal ley es la extranjera como la nacional para el Tribunal cuya norma de conflicto le imponga la aplicación del derecho extranjero. Y en tercer lugar, en fin, porque igualmente necesitada de uniformidad se encuentra la interpretación de la ley extranjera cuando se aplica a nuestro ámbito jurisdiccional, puesto que, en definitiva, lo que con la unidad jurisprudencial se persigue es impedir que una interpretación distinta de la misma norma por cada Tribunal español lleve dentro de España a resultados diferentes para los ciudadanos interesados en los asuntos —y en este sentido igual da que la norma sustantiva aplicable pertenezca al ordenamiento del foro o al de otro país—, con merma del prestigio de los órganos jurisdiccionales del Estado, e incluso de la propia organización política, ya que un mismo precepto, aunque sea extranjero, podría tener valor diferente en cada territorio judicial de la nación<sup>54</sup>.

Por otra parte, los arts. 1.691 y 1.692 de la L. E. C. hablan de «infracción de ley» sin distinguos de que sea nacional o extranjera, y el nuevo art. 12, n.º 6 del C. c., al imponer a los Jueces la vigilancia *ex officio* del derecho extranjero, ha venido a reforzar la tesis doctrinal de la consideración del derecho extranjero como derecho, a todos los efectos, incluido el recurso de casación, aunque no se haga ninguna mención expresa a él<sup>55</sup>.

En el derecho comparado quizá no exista ningún reconocimiento expreso más claro de lo que venimos defendiendo como el del artículo 412 del Código Bustamante, que ordena: «En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro

54. Este razonamiento es el que emplea el propio PRIETO-CASTRO (*ob. cit.*, II, pág. 699) para referirse a la casación general.

55. El anteproyecto de reforma del título preliminar del Código civil hacía referencia al problema, disponiendo que habría lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal extranjeras aplicables al caso, cuando según la Ley de Enjuiciamiento civil procediera admitirlo por infracción de ley o de doctrina legal españolas. Cfr. DE LA PLAZA, *La casación civil*, *ob. cit.*, pág. 184.

Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional».

# 11. *Diversos supuestos de casación en la aplicación de ley extranjera.*

Los supuestos de violación de ley, en los casos de aplicación de norma extranjera, pueden esquematizarse del modo siguiente<sup>56</sup>:

## A) Infracción de la norma de conflicto:

- a) Infracción de norma de conflicto escrita y no escrita.
- b) Infracción de norma de conflicto internacional: reenvío, cuestión preliminar, punto de conexión.

## B) Infracción de ley extranjera<sup>57</sup>:

- a) Infracción de ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto.
- b) De la «lex fori» como consecuencia de la violación de la ley extranjera:
  - aa) La ley extranjera como integrante del supuesto de una regla material nacional.
  - bb) Reciprocidad.
  - cc) Ley extranjera alegada como simple hecho.

Refirámonos a continuación y muy brevemente a cada uno de estos casos.

## A) *Infracción de norma de conflicto.*

a) La infracción de norma de conflicto escrita da lugar a un recurso de casación por infracción de ley interna, ya que este

56. Seguimos en este tema la clasificación de GARDE CASTILLO, «Los problemas del recurso de casación en Derecho Internacional Privado», *cit.*, págs. 421 y 864. Este autor toma, a su vez, la clasificación de LEWALD, *Le controle des Tribunaux Supremes sur l'application des lois étrangère*, 1937. Nosotros la adaptamos al derecho español.

57. En este epígrafe B seguimos la clasificación de MORELLI, *Derecho Procesal Civil Internacional*, ob. cit., págs. 69 y ss., especialmente en los supuestos aa y cc.

carácter tienen las normas de conflicto recogidas por nuestro Código civil en los artículos 8 a 11 de su título preliminar. Es más, el carácter cogente o necesario de estas normas, consagrado por el artículo 12, n.º 6, párrafo primero, del mencionado cuerpo legal obligará al Tribunal Supremo a aplicar de oficio de estas normas cuando conozca de los recursos de casación, ya que tal organismo jurisdiccional no está excluido del mandato que en el citado precepto se consigna: «Los Tribunales —todos— y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español».

La infracción de norma de conflicto no escrita podrá fundamentar un recurso de casación por infracción de doctrina legal (artículos 1.691, Causa 1.ª, y 1.692, n.º 1.º L. E. C.), si esta regla ha sido recogida por la jurisprudencia continuada de nuestro Tribunal Supremo. La posibilidad no es remota dado el carácter no escrito de muchas de las normas del derecho internacional privado y la función de «complementar» el ordenamiento jurídico que el nuevo título preliminar confiere a la jurisprudencia (art. 1, n.º 6.º).

b) La violación de norma de conflicto internacional puede presentar dos casos: la violación de Tratado y de norma internacional de conflicto no escrita.

Los tratados suscritos y ratificados forman parte de la legislación interna. De ese modo ha sido reconocido por el artículo 5, n.º 1.º, del C. c. y, por consiguiente, su violación dará lugar al recurso de casación en el fondo como si de ley española se tratara (en realidad, de norma española se trata desde su ratificación e íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado). De antiguo la jurisprudencia, en sentencias de 13 de enero de 1885, 7 de noviembre de 1896, 9 de julio de 1929, etc., así lo había declarado, aun en ausencia de norma expresa en este sentido.

En el supuesto de existencia de normas internacionales de conflicto no escritas, por importantes que fueran, si no están recogidas por la legislación interna o por la jurisprudencia, no podrán dar lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, respectivamente. Entre estas normas pueden citarse: «la costumbre [internacional] como prueba de una práctica generalmente aceptada» y «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas»<sup>58</sup>. Ahora bien, estas normas suelen estar incorporadas a las legislaciones de los pueblos

58. Art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

cultos, en cuyo supuesto su infracción podrá motivar la casación. En caso contrario, el inculcarlas, si bien no puede fundar dicho recurso extraordinario, sí generará responsabilidad jurídica internacional.

c) Otros casos a considerar son los de infracción de una norma de conflicto extranjera, aplicable por remisión a ella de la norma de conflicto nacional, en la hipótesis de reenvío, planteamiento de una cuestión preliminar o incidental, o en la búsqueda del punto de conexión correcto (calificación).

De los tres supuestos, por lo que respecta a nuestro ordenamiento sólo se podrá producir infracción de la norma de conflicto extranjera en el primero de ellos: el reenvío. Efectivamente, aceptado por el artículo 12, n.º 2, del C. c. el reenvío que la norma de conflicto extranjera, aplicable por mandato de la norma de conflicto española, pueda hacer a la ley española (reenvío de primer grado), es posible la violación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma de conflicto extranjera, y, por tanto, su control mediante el recurso de casación ante nuestro Tribunal Supremo.

En los otros dos casos, cuestión preliminar y determinación del punto de conexión, dado el terminante mandato del artículo 12, n.º 1, del C. c., ya comentado, de que la calificación para fijar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española, no permitiéndose en estos supuestos una remisión a normas jurídicas extranjeras, las posibles infracciones habrán de ser la «lex fori», con recurso de casación admisible, según los requisitos generales, por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley nacional determinante de la calificación. Y si a pesar de aquel mandato el Tribunal llevase a cabo tal enjuiciamiento con arreglo al derecho de otro país, igualmente procedería el recurso de casación, esta vez por infracción del artículo 12, n.º 1, del Código civil.

## B) *Infracción de ley extranjera.*

a) En este apartado de la clasificación, la hipótesis fundamental viene representada por la infracción de la ley extranjera declarada aplicable a tenor de la norma de conflicto. Es el supuesto de infracción de ley extranjera típico y del que cabe predicar la teoría general estudiada en el epígrafe anterior. La correcta consideración de la ley extranjera como derecho *stricto sensu* abre sin dificultad las puertas de la casación, sin que la finalidad primordial que dicho instituto persigue deba estimarse un serio obstáculo para ello (*supra*, n.º 10).



A este propósito recuerda Garde Castillo que «Cualquiera que sea la posición que adoptemos ante la función de la casación, ésta debe extenderse a la infracción de la ley extranjera, una vez admitida su incorporación al ordenamiento nacional. Si la consideramos en su posición originaria de vigilante de la división de poderes, una indebida interpretación de la ley extranjera sustituye la voluntad del legislador por la del juez. Si tomamos como idea directriz de la casación la protección del orden jurídico interno, lo mismo queda éste perturbado por la violación de una norma originaria de él, que por la infracción de una extraña incorporada. Y a la misma conclusión se llega desde la posición de los que piensan que la finalidad de la casación es el mantenimiento de la unidad jurisprudencial, unidad que se quebrantaría en cuanto a la ley importada, otro Tribunal de instancia, le dé una interpretación distinta»<sup>59</sup>.

b) Por último debemos examinar los casos de infracción de ley material «fori» como consecuencia de la violación de la ley extranjera. Los supuestos fundamentales son tres:

aa) Que la ley extranjera venga a integrar, en mayor o menor medida, el supuesto de una ley nacional, pudiéndose considerar a ésta como una norma *in blanco* respecto a los extremos completados por la ley extranjera a la que se remite. Es el caso de lo que la doctrina italiana califica como «rinvio non ricettizio». Morelli describe estos casos como de «hipótesis en que la norma extranjera, en lugar de incorporarla al ordenamiento del Estado, remite simplemente a ella (...) para la definición o interpretación de algún elemento de dicha norma [nacional] o a fin de determinar las condiciones de su aplicabilidad»<sup>60</sup>.

Supuestos de esta índole se encuentran en la L. E. C. y en las leyes sustantivas. Cuando el art. 954, n.º 4, de la L. E. C. condiciona el «Exequatur» a que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, está complementando la ley española con el cumplimiento del supuesto de una ley extranjera. Igual cabría decir que los requisitos de forma exigidos en el extranjero y que el art. 732 del C. c. requiere para la validez del testamento otorgado en otro país; o del mandato del artículo 1.325 del mismo texto legal, en el sentido de que cuando el matrimonio se

59. Cfr. GARDE CASTILLO, «Los problemas del recurso de casación en Derecho Internacional Privado», cit., págs. 869 y 780.

60. Cfr. MORELLI, *Derecho Procesal Civil internacional*, ob. cit., págs. 69 y 70.

contrae en país extranjero se entenderá, cuando sea española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común vigente en el país del varón.

En todas estas hipótesis, y en otras que se podían citar, el desconocimiento por el Juez de la norma extranjera implica, a su vez, la violación de la ley nacional de cuyo supuesto aquélla viene a formar parte, debiendo en consecuencia admitirse el recurso de casación por infracción de la ley material «fori» e, indirectamente, de la ley extranjera a la cual se remite.

bb) Un caso similar al anterior es el de la reciprocidad legislativa. Se trata del reconocimiento a un extranjero de un derecho subjetivo condicionado a que en su país se otorgue el mismo derecho a los nacionales. La infracción de la norma extranjera condiciona la aplicación de la nacional y la infracción de dicha norma extranjera podrá dar lugar al oportuno recurso de casación.

cc) Para terminar, debe citarse el supuesto en el cual la ley extranjera es alegada en el proceso como un simple hecho. Morelli<sup>61</sup> presenta el caso de que «una norma extranjera que prohiba determinadas exportaciones sea invocada por la parte como hecho que le exonera del cumplimiento de la obligación». No cabe duda, a nuestro juicio, que en esta hipótesis la norma extranjera constituirá un hecho impeditivo o extintivo de la acción ejercitada y que, al configurarse en la mecánica del enjuiciamiento como un puro elemento fáctico, quedará sujeta a la carga de la prueba de quien la invoque, con todas sus consecuencias. Paralelamente, en casación, estas normas, al ser alegadas con la funcionalidad que acabamos de indicar, sólo serán controlables por la vía del núm. 7.º del art. 1.692: error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, nunca por violación de la ley aducida, que si nos fijamos detenidamente, engrosará el supuesto de hecho de la premisa menor de la sentencia, no la premisa mayor<sup>62</sup>.

61. *Ob. cit.*, págs. 72 y 73.

62. Evidentemente para llegar a este silogismo final en el que la norma extranjera debe encuadrarse como hecho en la premisa menor de la sentencia, se han tenido que realizar otros silogismos previos para determinar si el hecho aducido por el demandado está contemplado por la ley prohibitiva. En este, o en estos silogismos instrumentales, la ley prohibitiva engrosa la premisa mayor del silogismo realizado; pero si el resultado es positivo —efectivamente existe la prohibición—, este resultado, aunque tenga por contenido una ley, es un hecho que fundamenta la premisa menor del silogismo final. No se aduce frente a la ley que obliga a pagar *una ley que exonera* del pago, sino el hecho de la imposibilidad de pagar —lo que es distinto— por la existencia material de una norma que lo hace fácilmente inviable.

12. *Conclusiones. Interpretación que se reputa más correcta del artículo 12, núm. 6, del Código civil.*

La doctrina, la jurisprudencia y los demás medios de investigación que hemos utilizado para intentar resolver los problemas que a lo largo del presente trabajo se han ido planteando, iban fundamentalmente encaminados a obtener la interpretación más exacta posible del art. 12. 6 del vigente Título Preliminar del Código civil, acerca de la aplicación del derecho extranjero por los Tribunales españoles. Llegados al final de este estudio, podemos sintetizar todo lo expuesto haciéndolo en los términos siguientes:

1.º El precepto aludido ordena en su párr. primero el deber jurídico-público de los Tribunales españoles de aplicar *ex officio* las normas de conflicto contenidas en nuestro Código civil, lo que implica el carácter necesario o de *ius cogens* de las referidas normas: «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español».

2.º El mismo precepto en su párrafo segundo, inciso primero, impone la alegación y carga de la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero aplicable por remisión de la norma de conflicto, a la parte que lo invoque: «La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española». Esta disposición es técnicamente defectuosa y resulta desde todo punto deseable que, por medio de la interpretación jurisprudencial oportuna, vaya siendo configurada en el sentido de imponer, más que ninguna carga probatoria, un derecho de alegación de la norma extranjera como con cualquier norma jurídica ocurre. Así viene además abonado por el derecho comparado, especialmente por la Z. P. O. alemana y los textos legales que la han tomado como modelo. Por otra parte, de no hacerlo en el modo indicado, dificultaría la actual interpretación sistemática del citado precepto del Código civil español en relación con el que le sigue, y obligaría a llegar a resultados absurdos respecto a la admisión y disposición del derecho extranjero, que el legislador no ha podido querer, y creemos que ni ha sospechado, si se aplicase la norma según su sentido gramatical estricto.

3.º Los Tribunales tienen los más amplios poderes de averiguación del derecho extranjero: «Para su aplicación [del derecho extranjero] el juzgador podrá [*rectius*: deberá] valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios,

dictando al efecto las providencias oportunas» (art. n.º 12, 6, párr. 2.º inciso 2.º). Este poder es un poder-deber, como todos los que afectan a los órganos jurisdiccionales, y en ello reside a nuestro juicio la novedad radical del precepto que comentamos respecto a la situación jurídica anterior. Los Tribunales tienen el poder y el deber de procurarse el conocimiento del derecho extranjero, cuando hayan de aplicarlo en la sentencia, y para ello utilizarán todos los medios que tengan a su alcance (no solamente las diligencias para mejor proveer como si de hecho se tratase). Se ha de entender, por tanto, como consecuencia de la naturaleza propia del derecho extranjero, que también afecta a éste el principio «iura novit curia» en un sentido amplio. Los Jueces y Tribunales no tienen el deber de conocer la norma extranjera *a priori*, pero sí el de procurarse su conocimiento en caso de que a él remita una norma de conflicto.

El saber privado del Juez acerca del derecho extranjero es, en consecuencia, admisible, no por su notoriedad, sino por tratarse de normas y entrar en cierto modo dentro de los límites del principio «iura novit curia». Conclusión también expresamente admitida por el derecho comparado.

4.º Las providencias a que se refiere el último inciso del artículo 12 no solamente tendrán que ser diligencias para mejor proveer, sino las providencias que el momento del proceso exija.

5.º Los medios de prueba de que se puede hacer uso, a fin de demostrar la vigencia y contenido de la ley extranjera en el proceso, son los idóneos para acreditar esta clase de objeto —considerado fáctico, a dichos efectos, de modo impropio—, a saber:

- a) Prueba documental.
- b) Prueba pericial.
- c) Informes de órganos o personas competentes (prueba mixta documental y pericial).

6.º Si a pesar de la alegación y prueba de las partes y de la búsqueda *ex officio* por el Tribunal del derecho extranjero éste quedase improbadado, habrá que rechazar la pretensión o excepción que se fundamente en tal derecho. Esta conclusión se deriva del principio general de que la norma jurídica solamente puede aplicarse en la sentencia en el caso de ser cierta: y el derecho extranjero posee indudablemente naturaleza normativa cuando es reclamado por la norma de conflicto interna.

7.º De esta naturaleza normativa del derecho extranjero deriva necesariamente el que su violación pueda fundamentar un

recurso de casación en el fondo, aunque el Código civil no disponga nada expresamente al respecto. Ni la finalidad del recurso de casación, ni sus motivos lo impiden, sino que, por el contrario, lo abonan. Admitir este recurso es el medio idóneo de mantener incólume la recta aplicación de la ley y la unidad en su interpretación, también cuando sea extranjera, dentro del ámbito jurisdiccional español.

8.º Procederá en concreto el recurso de casación, con motivo de aplicarse la ley extranjera, por infracción de la norma de conflicto interna (escrita y no escrita), internacional (tratados y norma internacional de conflicto no escrita, si está recogida por la legislación interna o por la jurisprudencia) y extranjera (sólo en el caso de reenvío de primer grado). También será estimable el referido recurso cuando se haya infringido la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto interna, y asimismo en los casos en que aquélla integre, por remisión, el supuesto (o parte de él) de una ley nacional, o en caso de reciprocidad, o, finalmente, cuando la ley extranjera haya sido alegada como elemento puramente fáctico, en cuya hipótesis recibe en casación el tratamiento de tal.

